

**COUR D'APPEL CIVILE**

---

---

Arrêt du 16 août 2016

---

Composition : Mme GIROUD WALTHER, juge déléguée  
Greffière : Mme Bourqui

\*\*\*\*\*

**Art. 837 al. 1 ch. 3 et 839 al. 3 CC ; 263 CPC**

Statuant sur l'appel interjeté par **D.\_\_\_\_\_SA**, [...], contre l'ordonnance rendue le 2 mai 2016 par le Juge délégué de la Chambre patrimoniale cantonale dans la cause divisant l'appelante d'avec **Q.\_\_\_\_\_**, à [...], et **F.\_\_\_\_\_AG**, à [...], la Juge déléguée de la Cour d'appel civile du Tribunal cantonal considère :

**En fait :**

**A.** Par ordonnance du 2 mai 2016, notifiée le 20 mai 2016, le Juge délégué de la Chambre patrimoniale cantonale (ci-après : le premier juge) a ordonné la radiation de plusieurs inscriptions provisoires opérées le 31 juillet 2015 par l'Office du Registre foncier d'Aigle et de la Riviera en faveur de D. \_\_\_\_\_ SA sur divers lots de propriété par étage (nos [...] à [...]) de l'immeuble de base [...] du cadastre de [...], tous propriété de l'intimée Q. \_\_\_\_\_ (I à XXIV) et a dit que la décision est rendue sans frais ni dépens (XXV).

En droit, le premier juge a considéré que dès lors que Q. \_\_\_\_\_ avait versé le montant de la sûreté suffisante, il convenait de faire droit à la requête de radiation des inscriptions provisoires d'hypothèques légales requises par D. \_\_\_\_\_ SA et ordonnées le 31 juillet 2015.

**B.** Par acte du 30 mai 2016, D. \_\_\_\_\_ SA a interjeté appel contre ce jugement en concluant, avec suite de frais et dépens, à ce que principalement Q. \_\_\_\_\_, subsidiairement F. \_\_\_\_\_ AG, soit condamnée aux frais liés à la procédure superprovisionnelle et provisionnelle introduite par D. \_\_\_\_\_ SA, que Q. \_\_\_\_\_, subsidiairement F. \_\_\_\_\_ AG, soit condamnée à lui verser une indemnité de dépens en lien avec ces procédures et qu'il soit fixé un délai à D. \_\_\_\_\_ SA pour agir au fond. A titre très subsidiaire, elle a conclu à ce que la cause soit renvoyée à la Chambre patrimoniale cantonale pour nouvelle décision dans le sens des considérants.

Par réponse du 11 juillet 2016, F. \_\_\_\_\_ AG agissant pour le compte de Q. \_\_\_\_\_ a conclu au rejet de l'appel.

**C.** La Juge déléguée retient les faits pertinents suivants, sur la base de l'ordonnance complétée par les pièces du dossier :

**1.** Par requête de mesures provisionnelles et superprovisionnelles du 31 juillet 2015, introduite par D.\_\_\_\_\_SA (ci-après : D.\_\_\_\_\_SA) contre Q.\_\_\_\_\_ (ci-après : Q.\_\_\_\_\_), D.\_\_\_\_\_SA a conclu en substance à l'inscription provisoire au Registre foncier d'hypothèques légales des artisans et entrepreneurs sur diverses parcelles (nos [...] du cadastre de [...]) propriété de Q.\_\_\_\_\_, pour une valeur totale de 1'360'339 fr. 29.

**2.** Par ordonnance de mesures superprovisionnelles du 31 juillet 2015, le premier juge a fait droit à cette requête et a ordonné l'inscription provisoire à l'Office du registre foncier d'Aigle et de la Riviera de plusieurs hypothèques légales en faveur de D.\_\_\_\_\_SA pour un montant de 1'360'339 fr. 29 sur les parcelles RF [...] du cadastre de [...].

**3.** Par courrier du 21 août 2015, F.\_\_\_\_\_AG (ci-après : F.\_\_\_\_\_AG) a informé le premier juge que, par déclaration du 10 août 2015, Q.\_\_\_\_\_ lui avait dénoncé l'instance et l'avait autorisée à procéder à sa place dans la procédure, en produisant une pièce justificative.

**4.** Par déterminations du 5 octobre 2015, F.\_\_\_\_\_AG a principalement conclu au rejet de la requête en contestant le droit de gage invoqué et, subsidiairement, à ce que le montant de la sûreté suffisante au sens de l'art. 839 al. 3 CC soit fixé à titre provisoire à 125 % du montant de chaque hypothèque légale et que le greffe de la Chambre patrimoniale soit désigné comme autorité de consignation des sûretés.

**5.** Par courrier du 15 décembre 2015, F.\_\_\_\_\_AG, agissant toujours également pour le compte de Q.\_\_\_\_\_, a rappelé avoir subsidiairement conclu à la fixation du montant de la sûreté suffisante pour le cas où la requête d'inscription des hypothèques légales à titre provisoire ne serait pas rejetée, expliquant qu'une telle inscription a des

conséquences pénibles pour le propriétaire et qu'une décision fixant le montant de la sûreté suffisante serait éventuellement susceptible de faciliter les pourparlers transactionnels, notamment dans la procédure parallèle portant sur d'autres immeubles. F. \_\_\_\_\_AG a conclu ce courrier en sollicitant une décision rapide.

**6.** Par courrier du 1<sup>er</sup> février 2016, D. \_\_\_\_\_SA s'est déterminée quant à la proposition de constitution de sûretés de F. \_\_\_\_\_AG et a conclu à ce que le montant des sûretés soit au minimum équivalant à 150 % des hypothèques légales. Elle a en outre demandé à ce que F. \_\_\_\_\_AG se prononce sur la forme et les conditions de consignation.

**7.** Le 11 février 2016, F. \_\_\_\_\_AG, agissant toujours également pour le compte de Q. \_\_\_\_\_, a modifié sa conclusion subsidiaire 2 en ce sens que le montant de la sûreté suffisante soit arrêté à 150 % du montant de chaque hypothèque légale, le greffe de la Chambre patrimoniale devant toujours être désigné en tant qu'autorité de consignation des sûretés. Pour le surplus, elle a maintenu ses autres conclusions.

**8.** Par ordonnance de mesures provisionnelles partielle du 23 février 2016, le premier juge a fixé le montant de la sûreté suffisante au sens de l'article 839 al. 3 CC, constituée de manière provisoire, à 2'040'509 fr., a désigné le greffe de la Chambre patrimoniale cantonale vaudoise comme autorité de consignation de la sûreté suffisante et a fixé les frais de la cause à 800 fr., ceux-ci suivant le sort de la cause au fond, sans allocation de dépens.

**9.** Par courrier du 17 mars 2016, le premier juge a fixé un délai au 15 avril 2016 à F. \_\_\_\_\_AG afin qu'elle verse les sûretés de substitution.

**10.** Par courrier du 19 avril 2016, le conseil de F. \_\_\_\_\_AG a informé le premier juge que le montant de la sûreté suffisante de 2'040'509 fr. avait été versé sur le compte du greffe de la Chambre

patrimoniale cantonale par sa mandante, ce qui est attesté par le bilan du compte des parties, et a en conséquence requis la radiation des hypothèques légales provisoirement inscrites au Registre foncier.

**11.** Le 3 mai 2016, le conseil de D.\_\_\_\_\_SA a interpellé le premier juge, lui faisant observer que le prononcé du 2 mai 2016 n'impartissait pas de délai au sens de l'art. 263 CPC, ni ne réglait la question des frais et dépens.

**12.** Par courrier du 10 mai 2016 adressé à chacune des parties, le premier juge a indiqué que « dès prononcé du 2 mai 2016 définitif, un délai sera imparti à la requérante pour agir au fond. Quant aux frais et dépens, ils suivront la cause au fond conformément à l'art. 104 al. 3 CPC ».

### **En droit :**

**1.** L'appel est recevable contre les ordonnances de mesures provisionnelles (art. 308 al. 1 let. b CPC [Code de procédure civile du 19 décembre 2008 ; RS 272]) dans les causes non patrimoniales ou dont la valeur litigieuse au dernier état des conclusions devant l'autorité inférieure est supérieure à 10'000 fr. (art. 308 al. 2 CPC). Les mesures provisionnelles étant régies par la procédure sommaire, selon l'art. 248 let. d CPC, le délai pour l'introduction de l'appel est de dix jours (art. 314 al. 1 CPC). L'appel relève de la compétence d'un juge unique (art. 84 al. 2 LOJV [loi d'organisation judiciaire du 12 décembre 1979 ; RSV 173.01]).

En l'espèce, formé en temps utile par une partie qui y a intérêt (art. 59 al. 2 let. a CPC) dans une cause où la valeur litigieuse dépasse 10'000 fr., l'appel est recevable.

**2.** L'appel peut être formé pour violation du droit ou pour constatation inexacte des faits (art. 310 CPC). L'autorité d'appel peut revoir l'ensemble du droit applicable, y compris les questions d'opportunité ou d'appréciation laissées par la loi à la décision du juge, et doit le cas échéant appliquer le droit d'office conformément au principe général de l'art. 57 CPC (Jeandin, CPC commenté, Bâle 2011, nn. 2 ss ad art. 310 CPC). Elle peut revoir librement l'appréciation des faits sur la base des preuves administrées en première instance (Jeandin, op. cit., n. 6 ad art. 310 CPC). Le large pouvoir d'examen en fait et en droit ainsi défini s'applique même si la décision attaquée est de nature provisionnelle (JdT 2011 III 43 consid. 2 et les références citées).

### **3.**

**3.1** Dans un premier moyen, l'appelante se plaint de ce que le premier juge ne lui a pas fixé de délai en application de l'art. 263 CPC pour agir au fond, faisant valoir qu'à défaut, elle risquait de perdre le droit aux sûretés fournies par les intimées en application de l'art. 839 al. 3 CC.

Les intimées ont quant à elles invoqué le fait que le premier juge n'ayant pas statué sur leur conclusion principale tendant au rejet du droit à la garantie déduit à titre provisionnel, ni fixé à la requérante de délai pour faire valoir son droit en justice, la procédure de mesures provisionnelles n'était pas close. Dès lors, à leur sens, l'appel de D. \_\_\_\_\_ SA ne serait pas recevable, le premier juge ayant manifesté son intention de fixer un délai au sens de l'art. 263 CPC une fois que la décision attaquée serait entrée en force.

### **3.2**

**3.2.1** Les sûretés visées à l'art. 839 al. 3 CC, dès leur constitution effective, empêchent l'inscription postérieure de l'hypothèque légale, respectivement remplacent celle-ci, qui doit alors être radiée, lorsque leur constitution intervient après que l'inscription a été opérée, même à titre provisoire. Elles constituent également un droit de gage (Schumacher, Das Bauhandwerkerpfandrecht, 3<sup>e</sup> éd., 2008, n. 1239, p. 444). Leur

constitution correspond à un droit formateur unilatéral du propriétaire foncier visé par la constitution de l'hypothèque légale, auquel l'entrepreneur ne peut pas s'opposer, le cas échéant, et qu'il ne peut pas non plus exiger, à tout le moins en l'absence d'un engagement contractuel correspondant. Lorsque le montant de la sûreté suffisante est litigieux, le juge tranche. Si la sûreté est jugée suffisante - étant précisé que le caractère suffisant ou non de l'inscription dépend également des conditions stipulées par le requis (cf. Schumacher, op. cit., nn. 1275 ss, pp. 459 ss, ainsi que nn. 1294 ss, pp. 466 ss.) -, le juge refuse l'inscription, respectivement ordonne sa radiation au registre foncier ; dans le cas contraire, il ordonne l'inscription provisoire, respectivement confirme l'inscription opérée à titre superprovisoire, ou ordonne l'inscription définitive de l'hypothèque légale, suivant l'état d'avancement de la procédure (Schumacher, op. cit., nn. 1239 à 1244, pp. 445-446).

Après la constitution des sûretés suffisantes au sens de l'art. 839 al. 3 CC, la contestation se retrouve au stade où elle se trouvait antérieurement, de sorte que sauf cas de constitution définitive des sûretés - supposant une déclaration expresse en ce sens -, il incombe à l'entrepreneur de prouver (au fond), respectivement rendre vraisemblable (en procédure provisionnelle), comme il le devait auparavant, qu'il disposait bien d'un droit à l'inscription d'une hypothèque légale d'un certain montant, qu'il remplit les conditions de son exercice au sens de l'art. 837 al. 1 ch. 3 CC et que le délai de l'art. 839 al. 2 CC a été sauvegardé (ATF 110 II 34 ; Schumacher, op. cit., nn. 1305-1306, p. 470). Cette question a une importance particulière lorsque les sûretés sont constituées durant la procédure tendant à l'inscription provisoire de l'hypothèque légale, auquel cas la question se pose de savoir si le droit provisoire à la garantie invoqué par l'entrepreneur est reconnu sous réserve de l'examen du bien-fondé du droit à la garantie définitive dans le procès au fond, ou si, au contraire, les sûretés n'emportent pas même reconnaissance du droit à la garantie provisoire ; en ce dernier cas, la procédure provisionnelle doit se poursuivre au-delà de la constitution des sûretés, par l'examen des conditions d'octroi du droit de gage invoqué à titre provisoire (Schumacher, *ibidem*).

L'art. 961 al. 3 CC retient que le « juge statue sur la requête et autorise l'inscription provisoire si le droit allégué lui paraît exister ». Dès lors, l'inscription doit être accordée lorsque l'artisan ou l'entrepreneur rend vraisemblable que les conditions de l'inscription sont réunies (Bohnet, *Le nouveau droit de l'hypothèque légale des artisans et entrepreneurs*, 2012, n. 71, p. 73).

**3.2.2** L'art. 263 CPC prévoit que si l'action au fond n'est pas encore pendante - comme c'est le cas en l'espèce -, le tribunal impartit au requérant un délai pour le dépôt de la demande, sous peine de caducité des mesures provisionnelles ordonnées. La norme précitée est de droit impératif et vaut pour toutes les mesures provisionnelles (Schumacher, *Das Bauhandwerkpfandrecht, Ergänzungsband zur 3. Auflage*, 2011, n. 663, p. 208). Faute de mention d'un tel délai dans la décision, les mesures demeurent valides tant qu'elles n'ont pas été modifiées (art. 268 CPC), rectifiées en application de l'art. 334 al. 1 CPC ou annulées par une décision sur recours (cf. Bohnet, in : *CPC commenté*, Bâle 2011, n. 10 ad art. 263). En matière d'hypothèque légale inscrite à titre provisoire, en particulier, si le tribunal omet d'impartir le délai de l'art. 263 CPC pour ouvrir action au fond et ou de rappeler qu'à ce défaut les mesures provisoires ordonnées sont caduques, il appartient au propriétaire du bien fonds grevé de solliciter en recourant aux voies de droit à disposition - rectification, respectivement appel ou recours - le nécessaire complètement du dispositif en ce sens. Dans l'intervalle, le conservateur du registre foncier n'est pas habilité à radier l'inscription opérée à titre superprovisoire, laquelle reste valable (Schumacher, *op. cit.*, n. 675, p. 211).

**3.3** En l'espèce, dans leurs déterminations du 5 octobre 2015, les intimées ont en effet expressément contesté le droit de gage invoqué sur le principe et n'ont offert qu'à titre subsidiaire la fourniture de sûretés au sens de l'art. 839 al. 3 CC. Ainsi qu'elles le relèvent dans la réponse à l'appel, le premier juge n'a pas statué sur leur conclusion tendant au rejet du droit à la garantie déduit à titre provisionnel et par conséquent, n'a pas

examiné si les conditions d'octroi du gage demandé par l'appelante étaient remplies à titre provisoire, soit au degré de la vraisemblance. En outre, l'ordonnance n'a pas formellement pris acte de la constitution effective des sûretés de remplacement jugées suffisantes, de sorte qu'elle n'a pas statué, ou tout au plus implicitement, sur les conclusions formées par l'appelante tendant à la constitution d'un droit de gage à titre provisoire, fut-ce sous forme de consignation du montant litigieux plutôt que de l'inscription d'une hypothèque. Par ailleurs, la décision attaquée n'impartit aucun délai pour l'ouverture de l'action au fond sous peine de caducité des mesures ordonnées.

Les intimées s'opposent certes à la recevabilité de l'appel au motif que la procédure provisionnelle ne serait pas close, le premier juge ayant manifesté l'intention d'impartir le délai de l'art. 263 CPC une fois la décision attaquée entrée en force, ce qui rendrait l'appel prématuré, donc irrecevable faute d'intérêt juridique (art. 59 al. 1 et 2 CPC). Cette opinion ne peut être suivie. En l'espèce, l'entrepreneur D. \_\_\_\_\_ SA est confronté à une décision qui radie le droit de gage constitué à titre superprovisoire sans qu'elle lui reconnaisse formellement un droit sur le gage représenté par les sûretés effectivement constituées en application de l'art. 839 al. 3 CC et dont le caractère suffisant a d'ores et déjà été reconnu. La décision attaquée mentionne certes dans ses considérants la constitution effective des sûretés par Q. \_\_\_\_\_, mais son dispositif n'en prend pas acte. Faute de pouvoir remettre en cause la décision attaquée, l'entrepreneur risque donc la perte du droit de gage provisoire auquel il prétend, sous quelque forme que ce soit. Il ne peut en particulier pas compter, en application de la doctrine susmentionnée, sur le maintien provisoire des hypothèques légales en l'absence de délai pour ouvrir action au fond, puisque la décision attaquée ordonne précisément leur radiation, à l'inverse de l'hypothèse envisagée par la doctrine en question, tandis qu'au vu du caractère péremptoire du délai de l'art. 839 al. 2 CC, la perte du droit pourrait s'avérer le cas échéant irréversible.

Le grief de l'appelante est donc fondé et implique l'annulation de l'ordonnance afin que le premier juge poursuive son examen des

conditions de la protection provisoire requise, en particulier quant au principe du droit de gage invoqué, avant d'ordonner la radiation des hypothèques légales ordonnées à titre superprovisoire et d'impartir un délai pour ouvrir action au fond.

#### **4.**

**4.1** Dans un deuxième moyen, l'appelante prétend à l'allocation de dépens, estimant que le versement de sûretés par les intimées en lieu et place des inscriptions d'hypothèques légales équivaldrait au gain de la cause provisionnelle.

**4.2** En application de l'art. 104 al. 1 CPC, le tribunal statue sur les frais en règle générale dans la décision finale. Toutefois, en application de l'art. 104 al. 3 CPC, la décision sur les frais de la procédure provisionnelle peut être renvoyée à la décision finale.

L'art. 106 al. 1 CPC dispose que les frais sont mis à la charge de la partie succombante, soit le défendeur en cas d'acquiescement. La fourniture de sûretés après le dépôt de la requête peut être assimilée à un acquiescement de fait, susceptible d'entraîner la condamnation aux frais judiciaires et aux dépens en application de l'art. 106 al. 1 in fine CPC (Bohnet, *Le nouveau droit de l'hypothèque légale des artisans et entrepreneurs*, 2012, n. 92 p. 80 et les réf. cit.).

**4.3** Il ressort du dossier de première instance, en particulier du courrier adressé le 10 mai 2016 aux parties, que le premier juge envisage de statuer ultérieurement en ce sens que les frais (soit les frais judiciaires et les dépens conformément à l'art. 95 al. 1 CPC) de la procédure provisionnelle suivent le sort de la cause au fond, ce que l'art. 104 al. 3 CPC l'autorise à faire. Cela étant, le dispositif de la décision attaquée, contredisant ce qui précède, statue négativement sur la prétention de l'appelante puisque le droit à tout dépens, de quelque partie que ce soit, est refusé, sans autre motivation. Nonobstant le caractère à la fois lacunaire et contradictoire de la décision sur les frais résultant du chiffre

XXV du dispositif de la décision attaquée, il faut, vu l'issue de l'appel et l'annulation de l'ordonnance entreprise, renoncer à trancher cette question ici, qui devra être réexaminée par le premier juge à l'issue de son examen provisionnel quant à l'inscription des hypothèques légales demandée par l'appelante.

**5.** En définitive, l'appel doit être admis et la décision entreprise annulée. La cause sera renvoyée à l'autorité de première instance afin qu'il statue dans le sens des considérants qui précèdent.

Succombant à l'appel (art. 106 al. 1 CPC), les intimées doivent supporter les frais judiciaires de deuxième instance, arrêtés à 800 fr. (art. 65 al. 1 TFJC) ; elles restitueront en conséquence à l'appelante son avance de frais. En outre, elles lui doivent des dépens qui peuvent être arrêtés à 2'500 fr. au vu des opérations effectuées dans le cadre de la procédure d'appel et en tenant compte de la disproportion entre ledit travail et le tarif applicable au vu de la valeur litigieuse (art. 7 et 20 al. 2 TFJC).

Par ces motifs,  
la Juge déléguée  
de la Cour d'appel civile  
p r o n o n c e :

- I.** L'appel est admis.
- II.** L'ordonnance est annulée et la cause renvoyée au Juge délégué de la Chambre patrimoniale cantonale pour nouvelle décision dans le sens des considérants.
- III.** Les frais judiciaires de deuxième instance, arrêtés à 800 fr. (huit cents francs), sont mis à la charge des intimées Q. \_\_\_\_\_ et F. \_\_\_\_\_ AG, solidairement entre elles.

**IV.** Les intimées Q.\_\_\_\_\_ et F.\_\_\_\_\_AG, solidairement entre elles, doivent verser à l'appelante D.\_\_\_\_\_SA, la somme de 3'300 fr. (trois mille trois cents francs) à titre de dépens et de restitution d'avance de frais de deuxième instance.

**V.** L'arrêt est exécutoire.

La juge déléguée :

La greffière :

Du

Le présent arrêt, dont la rédaction a été approuvée à huis clos, est notifié en expédition complète à :

- Me Alexandre Zen-Ruffinen (pour D.\_\_\_\_\_SA),
- Me Placidus Plattner (pour F.\_\_\_\_\_AG et Q.\_\_\_\_\_),

et communiqué, par l'envoi de photocopies, à :

- M. le Juge délégué de la Chambre patrimoniale cantonale.

La Juge déléguée de la Cour d'appel civile considère que la valeur litigieuse est supérieure à 30'000 francs.

Le présent arrêt peut faire l'objet d'un recours en matière civile devant le Tribunal fédéral au sens des art. 72 ss LTF (loi sur le Tribunal fédéral du 17 juin 2005 ; RS 173.110), le cas échéant d'un recours constitutionnel subsidiaire au sens des art. 113 ss LTF. Dans les affaires pécuniaires, le recours en matière civile n'est recevable que si la valeur

litigieuse s'élève au moins à 15'000 fr. en matière de droit du travail et de droit du bail à loyer, à 30'000 fr. dans les autres cas, à moins que la contestation ne soulève une question juridique de principe (art. 74 LTF). Ces recours doivent être déposés devant le Tribunal fédéral dans les trente jours qui suivent la présente notification (art. 100 al. 1 LTF).

La greffière :